

CONTROLE ABSTRATO E PREVENTIVO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS: AÇÃO INIBITÓRIA

Denise Nicoll Simões de Sousa
Juíza de Direito do TJ/RJ.

QUESTÃO

Analizando as soluções consagradas pelo legislador português e pelo brasileiro no âmbito do controle judicial abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, verifica-se que nem todas as hipóteses foram contempladas de forma satisfatória, permanecendo sem solução a questão referente à eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* da decisão judicial que declara nula determinada cláusula, no tocante a todas as empresas estipulantes de uma mesma atividade econômica, como é o caso, por exemplo, dos contratos de seguros, contratos bancários, de locação financeira (*leasing*), de prestação de serviços públicos essenciais, e outros.

A questão pode anunciar-se nos seguintes termos: *No que toca às ações inibitórias, de que forma se poderão estender os efeitos da coisa julgada a agentes econômicos que não tenham feito parte da lide, mas que estejam na mesma situação do demandado?*

Admita-se, por hipótese, que a Seguradora X venha a ser condenada, através de ação inibitória proposta pelo Ministério Público, a retirar das suas condições gerais as cláusulas 1 e 2, declaradas nulas, nos termos da legislação específica. Admita-se, ainda, que há outra

empresa, a Seguradora Y, que tem as mesmas cláusulas e que as utiliza em seus contratos. Nesta esteira, pergunta-se, poderá o consumidor aderente invocar a anterior decisão inibitória contra a Seguradora Y? Poderá a Seguradora Y continuar a utilizar as cláusulas exatamente iguais àquelas que foram declaradas nulas?¹

A extensão dos efeitos do caso julgado no tocante às empresas não demandadas nas ações inibitórias (coletivas) é fenômeno ainda relativamente pouco tratado pelos juristas, quer portugueses quer brasileiros, vez que não há expressamente definida a hipótese nos diplomas que regem a matéria em foco.

A solução encontrada por quem tem sido confrontado com a questão da extensão subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas é a de limitar a eficácia *ultra partes* da sentença proibitiva somente a quem pode invocá-la – *qualquer pessoa que venha a celebrar contrato com a empresa demandada poderá invocar a decisão inibitória* – mas só valerá contra esta empresa *demandada*. Tal solução foi consagrada pela legislação portuguesa (Decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro)² e pelo Código de Defesa do Consumidor Brasileiro³. E assim é porque a limitação da coisa julgada às partes é princípio inerente ao *contraditório* e à *ampla defesa*, na medida em que o terceiro, *juridicamente prejudicado*, deve poder opor-se à sentença desfavorável, exatamente porque não participou da lide.⁴

Dessa forma, na hipótese fática acima descrita, a sentença proferida contra a Seguradora X não poderá ser invocada contra a outra empresa, em razão da limitação do caso julgado. Porém, esta solução não nos parece a mais adequada, pois impressiona que uma empresa que tenha as mesmas cláusulas consideradas abusivas possa continuar a utilizá-las até que seja condenada numa outra ação inibitória. Importa, por isso, investigar medidas legislativas mais eficazes para superar este inconveniente, a fim de buscar a efetiva proteção da ge-

¹ Questão suscitada por Antonio Pinto Monteiro, “O Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão”, **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Janeiro 2002, p. 111/142.

² Artigo 32º.

³ Artigo 103.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto**, 7ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 832.

neralidade das pessoas que se encontrem perante cláusulas contratuais gerais abusivas.

A solução da questão passa pela ponderação e análise de alguns institutos do direito processual, mais precisamente sobre o caso julgado⁵ e sua extensão subjetiva nas ações coletivas. Merece, ainda, algumas breves considerações a respeito das cláusulas contratuais gerais, da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, âmbito no qual se situa a questão em tela.

Não pretendo fazer um estudo desenvolvido dos contratos *standardizados*, pois muito haveria a escrever. Proponho-me apenas a fazer uma sucinta abordagem sobre alguns aspectos do controle preventivo das cláusulas contratuais gerais, sobretudo pôr em destaque as dificuldades práticas para a efetiva proteção do aderente, especialmente dos consumidores.

IMPORTÂNCIA E ATUALIDADE DO TEMA

O tema referente ao controle das *cláusulas contratuais gerais* é bem atual, no Brasil, em Portugal e na quase totalidade dos países, e está diretamente relacionado à liberdade contratual, na medida em que este modo de contratação típico da sociedade industrial moderna (*de consumo*) elimina consideravelmente as negociações prévias entre as partes (liberdade de estipulação ou conformação do conteúdo do contrato).

Com efeito, não mais prevalece como dogma o absolutismo da autonomia da vontade, diante da constatação de que a igualdade entre as partes contratantes é, na maioria dos casos, apenas teórica e formal. As mudanças da economia fizeram surgir novas fórmulas de contratação, em razão da massificação dos contratos, até por necessidade de agilidade no trato jurídico destas questões. É o direito se amoldando à agilidade do mundo dos negócios. E este intenso tráfico jurídico faz nascer a necessidade de uma interpretação mais consentânea dos contratos, dada a evidente relatividade na manifestação da vontade das partes contraentes, mormente nos *contratos de adesão*.

Nesse tipo de contratação a terminologia adotada é variada – *contratos de adesão*, *condições gerais dos contratos* ou *cláusulas*

⁵ Na legislação brasileira o fenômeno da imutabilidade da sentença de mérito denomina-se coisa julgada material.

contratuais gerais, contratos “standard” ou contratos em série. O legislador português optou pela designação de *cláusulas contratuais gerais* ⁶, regulando a matéria no Decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro, com as modificações introduzidas pelo Decreto-lei nº 220/95, de 31 de Agosto (transpõe a Diretiva nº 93/13/CEE, de 5 de Abril, sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores) e pelo Decreto-lei nº 249/99, de 7 de Julho (completou a transposição da diretiva no que se refere à extensão do diploma legal às cláusulas inscritas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o eventual aderente não pode influenciar).

No Brasil, a matéria é regulada no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) no que respeita ao controle das *cláusulas abusivas* (artigo 51) e à sistemática dos *contratos de adesão* (artigo 54). Também no Código Civil, em vigor desde 10 de Janeiro de 2003, o artigo 424 dispõe sobre *contratos de adesão*.

As expressões *contrato de adesão* e *cláusulas contratuais gerais* são utilizadas freqüentemente para indicar o fenómeno da contratação em massa, mas existe uma pequena distinção entre elas. Ambas têm as características essenciais: *pré-disposição, unilateralidade e rigidez*, ou seja, as cláusulas são previamente redigidas por uma das partes (*predisponente*), sem possibilidade da outra parte (*aderente*) alterá-las (contratos de adesão *em sentido estrito*).

Porém, quando estamos diante da elaboração prévia de cláusulas que irão integrar o conteúdo de todos os contratos a celebrar no futuro (*generalidade*), seja com quem for (*indeterminação*), trata-se de *cláusulas contratuais gerais* (contratos de adesão *em sentido amplo*).

Essa forma de contratação, embora indispensável para a sociedade de consumo, uma vez que permite responder às necessidades de racionalização, planejamento, celeridade e eficácia da atividade contratual em massa das empresas, levanta problemas de três ordens, a saber: no plano da *formação do contrato*, aumenta o risco de o aderente desconhecer as cláusulas que irão integrar o negócio; no plano do *conteúdo contratual*, havendo o risco de incluírem cláusulas abusivas; e, por fim, no plano *processual*, na medida em que mos-

⁶ Jose de Oliveira Ascensão prefere falar em *cláusulas negociais gerais* – **Direito Civil Teoria Geral**, Vol. III, Coimbra, Editora, 2002, p. 213.

tra a inadequação e insuficiência do normal controle judicial, que é feito sempre a *posteriori* e depende da iniciativa do lesado⁷.

Por tais razões, foram consagradas pelo legislador português formas de *controle* das cláusulas contratuais gerais ao nível: a) da *formação do acordo*, com vistas a afastar o risco de desconhecimento das cláusulas inseridas no contrato singular, com a imposição ao predisponente de um dever de comunicação e informação⁸; b) do *conteúdo contratual*, com a proibição de cláusulas abusivas; c) ao nível *processual*, com a consagração da ação inibitória⁹ de caráter abstrato e preventivo, dotando o Ministério Público e, em certos termos, outros órgãos e associações, de legitimidade para sua propositura.¹⁰

É somente na hipótese de contratação através de *cláusulas contratuais gerais*, onde estão presentes todas as características – *pré-disposição, unilateralidade, rigidez, generalidade e indeterminação* – que se verifica o controle abstrato e preventivo¹¹, ou seja, antes e independentemente da sua concreta ou efetiva inclusão em contratos singulares.

Assim, ao lado do controle judicial *incidental* (no âmbito do litígio referente a determinadas cláusulas incluídas no contrato efetivamente celebrado entre as partes), foi introduzido pelo legislador um controle judicial *em abstrato*, com a finalidade de afastar do cenário jurídico cláusulas iníquas, proibindo o estipulante de incluí-las em contratos futuros.

⁷ MONTEIRO, Antonio Pinto, “Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais”, **Revista da Ordem dos Advogados**, Ano 62, Lisboa, Janeiro 2002, p. 111/142.

⁸ Esses deveres estão previstos no Decreto-lei 446/85, nos artigos 5º e 6º.

⁹ Artigos 25º e seguintes, do Decreto-lei 446/85. No que respeita ao Brasil, o controle preventivo das cláusulas contratuais gerais também é feito pela via judicial, através de ação civil pública pela iniciativa do Ministério Público ou dos demais órgãos legitimados (artigo 82 do CDC).

¹⁰ Por força da Lei de Defesa do Consumidor portuguesa (Lei nº 24/96, de 31 de Julho), têm ainda legitimidade para propor ação inibitória os consumidores diretamente lesados (artigo 13º).

¹¹ O controle preventivo pode ser realizado por órgãos administrativo ou pelo poder judicial. O legislador português optou pelo controle judicial. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, nos parágrafos 3º do artigo 51 e 5º do art. 54, previa o controle administrativo e abstrato do Ministério Público, com caráter *geral e cogente*, mas tais dispositivos foram vetados pelo Presidente da República, que optou por um controle essencialmente judicial, como é a tradição do direito brasileiro – cfr. Claudia Lima Marques, **Contratos do Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações de consumo**, 4ª ed., São Paulo, RT, 2002. Porém, “continuam em vigor as disposições sobre o inquérito civil, poderoso instrumento de prevenção e de composição de conflitos de consumo, que continuará sendo utilizado pelo Ministério Público no desempenho de seus misteres institucionais” – Nelson Nery Junior, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**... op. cit. p. 467.

Consagrou-se no direito português, com a finalidade preventiva para proteção dos *direitos difusos e coletivos* dos aderentes, notadamente dos consumidores, o sistema da ação inibitória.¹²

Como anteriormente mencionado, têm legitimidade ativa para a propositura da ação inibitória, além do Ministério Público, associações de consumidores, associações profissionais ou de interesses econômicos legalmente constituídas, atuando no âmbito de suas atribuições¹³ (artigo 26º, do Decreto-lei nº 446/85). A Lei de Defesa do Consumidor portuguesa estendeu a legitimidade ativa “aos consumidores diretamente lesados” (art. 13).¹⁴

As entidades detentoras da legitimidade ***ad causam*** ativa “*actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada*” (artigo 26º, n. 2). A leitura do dispositivo em exame pode levar à conclusão de que o legislador adotou a tese da *substituição processual*, que tem como corolário a produção da coisa julgada perante o terceiro substituído, o que não ocorre na hipótese das ações inibitórias quando a decisão for desfavorável ao aderente, conforme veremos adiante.

No que diz respeito à legitimidade passiva, estão sujeitos a esta ação não apenas o predisponente, mas também as entidades que recomendem o uso de cláusulas gerais para um determinado setor da atividade empresarial. Cumpre salientar que a ação inibitória pode ser intentada, em conjunto, contra várias entidades que utilizem ou recomendem *as mesmas cláusulas contratuais gerais ou cláusulas substancialmente idênticas* (art. 27º, nº 2).

¹² O presente trabalho tem como base a *ação inibitória* consagrada no Direito Português, razão pela qual serão citados os dispositivos legais do respectivo Decreto-lei. Porém, as considerações a respeito do controle judicial preventivo são aplicáveis, em certos termos, à ação civil pública para defesa dos interesses difusos ou coletivos dos consumidores, consagrada no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

¹³ SÁ, Almeno de, **Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas**, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 79.

¹⁴ Almeno de Sá considera esta regra de alcance prático duvidoso e questionável, “não só face ao amplo e criterioso círculo de entidades para tanto já legitimadas por aquela primeira lei, como também por não parecer adequado erigir o consumidor singular numa espécie de curador de interesses supra-individuais”, *op. cit.* p. 80. No Código de Defesa do Consumidor o legislador brasileiro excluiu a legitimação individual para a tutela do consumidor a título coletivo.

O legislador adotou outras medidas tendentes a dar mais eficácia ao controle *abstrato e preventivo* das cláusulas contratuais gerais, estabelecendo neste domínio, uma *sanção pecuniária compulsória*¹⁵ para a hipótese de o predisponente ou de a entidade que recomendem as cláusulas não respeitarem a proibição definitiva decretada pelo tribunal. Consagrou, igualmente, a eficácia *ultra partes* da decisão favorável ao consumidor (*aderente*), mas só contra a empresa condenada na ação inibitória.¹⁶ Instituiu o *registro das decisões judiciais* que tenham proibido o uso ou a recomendação de determinadas cláusulas contratuais gerais, ficando o Tribunal obrigado a remeter ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça¹⁷ cópia das referidas decisões, no prazo de 30 dias, após o trânsito em julgado. Além do registro, também é obrigatória a *publicitação da sentença condenatória* às expensas do vencido, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determinar, nos termos do artigo 30º, nº 2.¹⁸

Mesmo admitindo que tais medidas criam uma espécie de “efeito de precedente”, que confere, de fato, a cada uma das decisões uma força irradiante sobre o fenómeno das condições gerais do contrato¹⁹, a questão da utilização das mesmas cláusulas gerais proibidas por outra empresa que não tenha sido demandada permanece sem solução. Se a empresa não demandada utilizar em suas cláusulas contratuais gerais as mesmas cláusulas consideradas nulas pelo tribunal, *como o consumidor, com quem efetivamente esta empresa contratou, poderá buscar a declaração de nulidade dessas cláusulas abusivas?*

Ao meu sentir, só há uma maneira de assegurar a uniformidade da decisão proibitiva, no caso figurado, que se está a examinar. É subordinar o juiz do processo movido por esse consumidor ao caso julgado formado na anterior ação inibitória. Dessa forma, não se corre o risco de quebrar a uniformidade da decisão.

¹⁵ Artigo 33º.

¹⁶ Artigo 32º.

¹⁷ SÁ, Almeno de, **Cláusulas Contratuais Gerais** e..., op. cit., p. 118.

¹⁸ A obrigatoriedade de dar publicidade à proibição respeitante a cláusulas contratuais gerais consideradas abusivas resulta da alteração introduzida pelo artigo 11º, nº 3, da Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24/96). Pela regra prevista no artigo 30º, nº 2, do DL 446/85, a publicidade da sentença depende de pedido expresso do Autor.

¹⁹ Conforme entendimento de Almeno de Sá, op. cit., p. 119.

A solução, todavia, oferece obstáculo de ordem técnica – a extensão dos efeitos do caso julgado material a quem não foi parte no processo, sem que haja previsão legal, e com ofensa aos princípios *do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*.

É nesse contexto que se torna imperiosa a *adoção de novas normas processuais* a fim de estender o caso julgado material, formado no primeiro processo, a quem nele não figurou como parte passiva.

A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS OU INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

A questão em exame está centrada nas ações coletivas, especificamente no que toca ao controle *abstrato e preventivo* das cláusulas contratuais gerais, e se desenvolve no âmbito da tutela jurisdicional dos direitos ou interesses difusos e coletivos, especialmente dos consumidores.²⁰

Nesse sentido, considerando os interesses *difusos e coletivos* como um caminho a permitir um acesso mais democrático à justiça, é preciso que sejam fixados alguns pontos, a fim de permitir a concreta efetivação da tutela jurisdicional desses direitos.

Pontos como a legitimação para agir, os limites do caso julgado nas demandas coletivas, as espécies de sanções, fazem crer que os novos direitos que ora se implementam têm características muito próprias, sendo de se admitir que a concepção tradicional do processo já não comporta os contornos que esse tipo de ação reclama. Assim, buscou-se construir um regime adequado às suas especialidades e que pudesse dar soluções às suas particularidades.

Nessa esteira, a legitimação *ad causam* ativa nas ações coletivas foi matéria que gerou certa complexidade na doutrina, na medida em que houve a necessidade de superação do paradigma individualista que obstava a tutela jurídica dos interesses difusos e coletivos.²¹ Para

²⁰ O Código de Defesa do Consumidor brasileiro define interesses ou direitos difusos como: “os *transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indetermináveis e ligadas por circunstância de fato*” (art. 81, parágrafo único, I); e interesses ou direitos coletivos como aqueles “*transindividuais de natureza indivisível que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*” (art. 81, parágrafo único, II).

²¹ Pela concepção tradicional, somente os titulares determinados ou ao menos determináveis de um direito ou interesse subjetivo teriam direito à tutela jurídica.

afastar tal dificuldade, o legislador português, com base em normas consagradas nas Constituições hodiernas, optou por conferir legitimidade para agir a entidades associativas de defesa dos interesses coletivos e difusos.²² Assim é que, designadamente, as associações de defesa dos interesses dos consumidores, e outros, têm legitimidade para a ação inibitória do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais.

Outra dificuldade encontrada para a efetividade da tutela jurisdicional dos interesses *difusos e coletivos* foi a questão referente à extensão do caso julgado a todos os interessados individuais que não participaram da lide. Para superar este inconveniente, o DL 446/85, de 25 de Outubro, no artigo 32º, nº 2, adotou o regime de caso julgado *secundum eventum litis*, segundo o qual somente o caso julgado favorável aproveita ao terceiro, sendo-lhe inoponível a decisão desfavorável.²³

Enfim, inúmeras foram as renovações ocorridas no plano do processo para assegurar a efetiva tutela dos interesses difusos e coletivos, especialmente dos consumidores. De um modelo processual individualista a um modelo mais social, transformaram-se conceitos jurídicos estratificados, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do Ministério Público e do juiz, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo.²⁴

Porém, as inovações processuais introduzidas pelo legislador não enfrentaram a questão proposta. Em que pese a solução adotada pelo legislador para a extensão subjetiva do caso julgado nas ações coletivas, a não- oponibilidade do julgado proibitivo a outras empresas estipulantes que utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas gerais frustra a necessidade de uniformização das decisões nas ações

²² Sobre o tema ver José Lebre de Freitas, **Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil**, Coimbra Editora, 2002, p. 415/429. A doutrina clássica procurou justificar a legitimidade dos entes coletivos adotando, inicialmente, a tese da representação: as associações representam todos os interessados individuais, ainda que não associados. Uma segunda posição lançou mão da idéia da substituição processual: à associação cabe, por via duma legitimação processual extraordinária, atuar por conta dela, substituindo os membros da coletividade na persecução do interesse coletivo. Atualmente existe uma tendência no sentido de reconhecer à entidade associativa legitimação ordinária, sustentando que agiria ela na persecução de seus próprios interesses institucionais – Cfr. Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.* p. 833.

²³ Igualmente, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro consagrou para as ações coletivas o regime da extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis* (art. 103) – Cfr. Ada Pellegrini Grinover, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado...**, *op. cit.* p. 836.

²⁴ Cfr. Ada Pellegrini Grinover, “Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos”, *apud* Kazuo Watanabe, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado...**, *op. cit.* p. 725.

coletivas, de caráter declaratório, abstrato e geral, além de impor ao consumidor aderente um excessivo ônus, obrigando a rediscutir a matéria, sem poder opor a eficácia do caso julgado a ele favorável. É para esta situação que importa encontrar um meio adequado para superar os obstáculos de ordem processual.

LEGITIMIDADE PASSIVA NAS AÇÕES INIBITÓRIAS

Como já mencionado, o legislador português estabeleceu a possibilidade de coligação de demandados (artigo 27º, nº 2). Tal possibilidade de litisconsórcio, ao meu sentir, caracteriza, na realidade, a hipótese de litisconsórcio *unitário*, portanto *necessário*, o que, em tese, torna obrigatória a inclusão no pólo passivo de todas as entidades que utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas contratuais gerais, mormente no caso de contratos-padrão de determinados setores da atividade econômica, pois não se concebe que num controle *em abstrato*, determinada cláusula seja declarada abusiva (nula) para uns e que permaneça válida para outros predisponentes. Quando o litisconsórcio é unitário, a uniformidade da decisão tem que ser preservada, a fim de evitar decisões conflitantes.

Todavia, tal imposição traz sérios inconvenientes para a efetividade e celeridade processual, pois, além de retardar consideravelmente a tutela jurisdicional dos direitos *coletivos ou difusos* do consumidor, uma vez que a pluralidade de réus significa, na maioria das vezes, pluralidade de advogados, com prazos distintos, pode, ainda, impedir a propositura da respectiva ação, tendo em vista a dificuldade de se identificarem todos os predisponentes que utilizem as mesmas cláusulas gerais ou cláusulas substancialmente idênticas.

Vejamos então mais de perto a questão dos limites subjetivos do caso julgado e as hipóteses expressamente previstas e reguladas na lei, para apurar e identificar as dificuldades que ela nos impõe na busca de soluções para o problema suscitado.

LIMITES SUBJETIVOS DO CASO JULGADO

A questão se resume em saber a quem atinge a imutabilidade do caso julgado, isto é, quem está proibido de voltar a discutir as matérias decididas na sentença de mérito e que recebeu a imutabilidade. A *regra geral* aplicável à eficácia subjetiva do caso

julgado é a de que este só produz efeitos em relação às partes. Somente as partes que intervieram ou tiveram a oportunidade de intervir no processo, para defender seus interesses, podem ser atingidas pelo caso julgado. E assim é em atenção aos princípios *do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*.²⁵

Porém, duas observações a respeito da identidade das partes devem ser mencionadas, uma vez que não é a simples identidade física das partes que acarreta tal efeito; na realidade, é necessário que as partes sejam as mesmas sob o ponto de vista de sua *qualidade jurídica*. Dessa forma, os *sucessores* das partes, quando ocuparem a mesma posição que, ao tempo, elas ocuparam, estarão sujeitos à eficácia do caso julgado. Da mesma forma, o *representado*, na hipótese de representação legal ou voluntária, será atingido pelo caso julgado, eis que parte é o representado e não o representante. Nestes dois casos, não há que se falar em ampliação *ultra partes* do julgado.

Também convém distinguir entre os efeitos da sentença, que opera ***erga omnes*** como definidora da situação jurídica estabelecida entre as partes, e a imutabilidade desses efeitos, que é o caso julgado e que só atinge as partes.

Como foi dito, os efeitos da sentença podem atingir terceiros, conforme o grau de dependência da sua relação jurídica com a relação jurídica das partes definida pela decisão transitada. Mas, em qualquer caso, a eles não se estende a eficácia do caso julgado. Neste sentido, podemos distinguir várias categorias de terceiros: a) *terceiros juridicamente indiferentes*, não sofrem nenhum prejuízo jurídico com a decisão contida na sentença proferida entre as partes, embora possa afetar a sua consistência prática ou econômica; b) *terceiros juridicamente interessados*, com interesse igual ao das partes, como, por exemplo, ocorre quando o dono do imóvel tem conhecimento que A e B disputam a propriedade desse imóvel e que A ganhou a demanda: nesta hipótese o terceiro que não participou da demanda poderá, através de

²⁵ Tais princípios decorrem do artigo 20º da Constituição da República Portuguesa, que consagra, além do direito de ação, o direito de defesa, o direito a um processo equitativo, com observância do princípio fundamental do contraditório e da igualdade de armas – cfr. José Lebre de Freitas, *op. cit.* p. 416. No que respeita ao direito brasileiro, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa foram consagrados como direitos fundamentais no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

ação própria, buscar seu direito contra a parte vencedora. Na verdade, o terceiro tem que respeitar a decisão que definiu A como proprietário, propondo a ação contra ele (efeitos da sentença), mas como a imutabilidade do caso julgado só atinge as partes, poderá obter numa nova ação a proclamação de seu direito de propriedade; c) *terceiros com interesse jurídico subordinado* são titulares de relações jurídicas dependentes da definida entre as partes: neste caso, o terceiro, embora tenha interesse diferente, terá que respeitar os efeitos da decisão, porém terá ação própria para defesa de seu eventual interesse específico. É o caso, por exemplo, do fiador ou da seguradora perante a sentença que define a dívida ou a indenização entre as partes.

Nas duas últimas hipóteses, o terceiro poderá discutir em ação própria toda a matéria discutida pelas partes, pois não está sujeito à eficácia do caso julgado, havendo, por isso, a possibilidade de gerar sentença contraditória em relação à sentença anterior. Em razão da possibilidade de conflito entre as decisões, o que não é desejável, a lei processual prevê a reunião dos processos, quando possível, no caso de conexão, a possibilidade de intervenção de terceiros (oposição, assistência etc.). Se, mesmo assim, não for possível evitar decisões contraditórias, o artigo 675º do Código de Processo Civil português determina o cumprimento da primeira decisão que passar em julgado.

Em todas as situações acima citadas, verifica-se que somente os efeitos da sentença podem atingir terceiros, porém a imutabilidade da decisão transitada permanece restrita às partes.

Convém ressaltar que a situação das empresas estipulantes que não integraram o pólo passivo na ação inibitória não está configurada em nenhuma das situações examinadas anteriormente.

Todavia, a doutrina identificou duas situações onde se poderia admitir a extensão do caso julgado a terceiro – quando sejam titulares de relações *paralelas* ou *concorrentes* à definida na sentença. No primeiro caso, podemos citar o exemplo dos devedores ou credores solidários, na ação de cobrança da dívida. Nesta modalidade, a extensão do julgado só será possível quando a sentença for favorável a todos, conforme se depreende do artigo 359º do CPC.²⁶

²⁶ VARELA, Antunes, **Manual de Processo Civil**, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1985, p. 729. Da mesma forma, no direito brasileiro a decisão desfavorável a um credor solidário não se estende aos demais, conforme artigo 274 do novo Código Civil.

No segundo caso (*relações concorrentes*), como, por exemplo, na hipótese do co-proprietário que não interveio na ação relativa à coisa comum instaurada por outro co-proprietário, a lei exige a intervenção de todos os titulares do interesse em discussão, sob pena de extinção do processo por ilegitimidade. Estamos diante da figura do litisconsórcio *unitário*, portanto, *necessário*. Porém, a lei pode dispensar a intervenção de todos os legitimados, conferindo a legitimidade somente a um dos co-titulares ou até mesmo concedendo *legitimidade extraordinária* a um *substituto processual*, possibilitando que o caso julgado se estenda aos restantes, para evitar decisões conflitantes.

É nessa modalidade que podemos vislumbrar a questão colocada no presente trabalho.

Com efeito, conforme mencionado, na hipótese da pluralidade de empresas que predisponham e utilizem as mesmas cláusulas contratuais gerais, o interesse em ver reconhecida a legalidade das condições gerais é *comum e indivisível*, ensejando, dessa forma, o litisconsórcio passivo necessário.

Assim, para afastar as dificuldades que ensejam a pluralidade de réus nas ações inibitórias e, ao mesmo tempo preservar a uniformidade da decisão, permitindo a extensão do caso julgado a todos interessados, podem-se utilizar as técnicas tradicionais da *substituição processual* ou da *representação*, pelas quais os co-titulares são processualmente *substituídos ou representados* pela pessoa ou ente legitimado, como acontece para certas associações profissionais, quanto à legitimação para defesa dos interesses dos associados e em outras tantas situações semelhantes, nomeadamente na legitimidade ativa das ações coletivas.

Nesse sentido, necessário analisar a natureza jurídica da atuação de eventual órgão legitimado: *representação legal* ou *substituição processual* (legitimidade extraordinária), tendo em vista as diferenças desses dois institutos. Feito isto, necessário, ainda, identificar qual a pessoa ou ente que teria essa legitimidade.

REPRESENTAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

De fato, a natureza jurídica da atuação do eventual órgão legitimado merece um exame mais cuidadoso, uma vez que os institutos da *representação* e da *substituição processual* têm contornos próprios que acarretam importantes consequências jurídicas para os titulares dos interesses em jogo.

Na representação (legal ou voluntária) o representante atua em nome do representado, que continua sendo parte no processo – o representante atua em nome alheio sobre direito alheio; quem suporta as despesas processuais, inclusive de sucumbência é a parte, no caso, o representado; a atuação do representante exclui a do representado, que fica submetido à eficácia do caso julgado. A representação resulta da lei, como é o caso dos pais que representam os filhos menores impúberes. Daí se conclui que a representação, em geral, supõe uma impossibilidade jurídica do interessado, como incapaz de cumprir atos da vida civil. Pode, ainda, resultar de ato voluntário, como na hipótese do mandato. É sob a ótica da representação de todos os legitimados que podem ser superadas as garantias constitucionais do *contraditório* e da *ampla defesa*, na medida em que sendo o representado parte no processo, o julgado não atuaria propriamente *ultra partes*.

Por outro lado, na substituição o substituto processual age, em *legitimação extraordinária*, em seu próprio nome, como parte, na defesa de um direito alheio; a atuação do substituto, em regra, não exclui a do legitimado ordinário. “A legitimação extraordinária é conferida excepcionalmente ao substituto, para exigir do juiz um pronunciamento sobre direito ou estado alheio, por motivos especiais de conveniência, que se fundam *quase sempre* na existência de um vínculo entre uma situação subjetiva e a situação que se submete, como objeto do juízo, à apreciação do órgão judicial. Em termos mais restritos, costuma-se salientar que ‘o substituto processual está legitimado para fazer valer em juízo o direito alheio, porque entre ele e o substituído existe uma relação ou situação de direito substancial em virtude da qual, através do exercício do direito do substituído, o substituto vem a satisfazer um interesse individual dele próprio.”²⁷

Como já mencionado, a legitimação extraordinária pode ser *exclusiva*: quando a lei atribui legitimidade a um terceiro, eliminando a dos titulares da relação, que seria o legitimado ordinário; ou *concorrente*: quando a lei admite a legitimidade concorrente dos legitimados ordinários. Cumpre ressaltar que, embora a legitimidade

²⁷ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, *Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 83/84.

extraordinária seja, em princípio, exclusivamente ativa, não há qualquer impedimento legal para que seja admitida a figura do substituto processual no pólo passivo.

Da mesma forma como acontece na representação, o substituído suporta os efeitos da imutabilidade da sentença, na medida em que o direito ou interesse em causa é do substituído, o qual, conseqüentemente, tem sua relação jurídica decidida com força do caso julgado. Neste sentido, também não haveria ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.²⁸

Dos dois institutos, entendo que a *substituição*, com a legitimidade extraordinária de uma pessoa ou ente determinado, cuja intervenção seria obrigatória, sob pena de não ser estendida a eficácia do caso julgado a todas as empresas predisponentes, seria o adequado para ultrapassar os inconvenientes da pluralidade de réus na ação inibitória, garantindo a uniformidade da decisão proibitiva. Penso que deveria permanecer a legitimidade ordinária das empresas diretamente interessadas. Isto porque, na substituição processual, a possibilidade de legitimação concorrente das empresas mantém o equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos, que estão em jogo.

PESSOA OU ENTE LEGITIMADO

A questão referente ao órgão que teria legitimidade extraordinária para responder, juntamente com as empresas, nas ações inibitórias do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais, também merece atenção. Isto porque não seria lícito exigir das empresas a criação de associações para defesa de seus interesses.

Dessa forma, acredito que essa legitimidade poderia ser exercida pelas entidades ou órgãos públicos com competência para limitar a autonomia privada, como acontece com os contratos-tipo de seguro, apreciados e aprovados pelo Instituto de Seguros de Portugal, com os contratos-tipo de locação financeira mobiliária e imobiliária, aprovados pelo Banco de Portugal e nos outros setores da atividade econômica. Com efeito, é no âmbito dos contratos-padrão desses tipos de atividades que se verifica uma necessidade maior de controle abstrato e preventivo.

²⁸ Sobre a sujeição tanto do substituto como do substituído ao caso julgado, vejam-se as remições bibliográficas sugeridas por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, op. cit., em nota 16, p. 83.

Por outro lado, a intervenção obrigatória desses órgãos poderia evitar o prolongamento desnecessário da lide, uma vez que, como a fiscalização dessas atividades é atribuição do próprio órgão legitimado, verificada a existência de cláusulas abusivas, poderia ele determinar de imediato, através de normas regulamentares, a alteração das cláusulas contratuais gerais de todas as empresas, com a possibilidade de homologação judicial de eventual acordo, cuja eficácia do caso julgado seria extensiva a todas as empresas do respectivo setor.²⁹

A legitimação extraordinária concorrente das entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada seria, ao meu sentir, a solução que melhor atenderia a necessidade de uniformização das decisões proibitivas das ações inibitórias, sem ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

OUTRA VIA DE SOLUÇÃO

Embora acreditando que a figura da substituição processual seja a mais adequada, existe, ainda, a possibilidade de intentar a ação inibitória contra uma empresa determinada, com pedido de *citação por edital*, de forma genérica, de todas as empresas que utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas contratuais gerais impugnadas para, querendo, apresentarem resposta. Para essas empresas citadas por edital, seria nomeado um *curador especial*, com legitimação extraordinária para defesa de seus interesses, vez que na hipótese de citação ficta não se verificam os efeitos da revelia. Nesta hipótese, o caso julgado não atuaria *ultra partes*, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo mecanismo de chamamento do réu a juízo nas ações coletivas de caráter preventivo e abstrato, aderente às novas exigências da sociedade moderna, tendo em vista as características desse tipo de contratação.

²⁹ Entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 10.05.2001, referente à ação inibitória proposta pelo Ministério Público, que o fato de a Ré ter deixado de incluir nas condições gerais dos contratos de seguro as cláusulas impugnadas pelo Ministério Público, em razão da determinação posterior do Instituto de Seguros de Portugal, não seria causa superveniente de inutilidade da lide, confirmando, neste aspecto, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. O fundamento da decisão foi exatamente a falta de garantia da imutabilidade da exclusão das cláusulas, bem como a necessidade de extensão dos efeitos específicos do caso julgado a terceiros, como a publicidade da sentença inibitória. Tal situação não estaria presente caso o Instituto de Seguros de Portugal integrasse a lide, como litisconsorte necessário. (cópia do inteiro teor no anexo jurisprudencial).

A citação por edital de todas as empresas que integram o mesmo setor da atividade econômica, apesar de ficta ou presumida, uma vez válida e completada, teria o mesmo valor processual da citação real, gerando sentença com força de caso julgado e força executiva sem qualquer restrição. Isto significa que na hipótese de alguma empresa citada por edital utilizar cláusulas declaradas abusivas estaria sujeita ao caso julgado, bem como à sanção pecuniária fixada na sentença, se efetivamente vier a infringir a proibição definitiva.³⁰

CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido neste trabalho teve como objetivo tentar soluções positivas e adequadas ao problema da extensão da eficácia do julgado proibitivo a todas as entidades que predisponham e utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas contratuais gerais ou cláusulas substancialmente idênticas e que não tenham pessoalmente integrado a relação processual.

A primeira solução seria a utilização do instituto da substituição processual, com a legitimação extraordinária das entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada, vinculadas ao setor da atividade econômica da empresa demandada. A legitimidade do ente legitimado não afastaria a legitimidade originária das empresas e, sua inclusão no pólo passivo seria obrigatória (litisconsórcio necessário).

A segunda solução seria a citação por edital de todos os agentes econômicos, com a nomeação de um curador especial para defesa dos interesses dos réus citados por edital que não intervierem no processo.

Acredito que os dois mecanismos processuais sugeridos seriam aptos a superar as dificuldades apontadas, havendo, todavia, que aprofundar o estudo da matéria, pois não pretendi, como disse no início, fazer um estudo exaustivo, mas sim destacar sucintamente os termos e as coordenadas das propostas de solução da questão enunciada.

³⁰ Em Portugal, a questão da validade da citação por edital dos interessados incertos é controvertida, entendendo alguns autores, designadamente Antunes Varela, que a citação por edital nestes casos é uma forma precária de chamamento do réu, defendendo “a tese de que, para efeito do caso julgado, os interessados incertos que, não obstante terem sido citados, não intervieram efectivamente na acção, não chegam a ser partes no processo”, fundamentando seu entendimento no artigo 105º do Código Civil, do qual se extrai o princípio geral correspondente.- *op. cit.* p. 723. No mesmo sentido, Manuel A. Domingues de Andrade, **Noções Elementares de Processo Civil**, Coimbra Editora, 1993, p. 310/311.

De todo modo, haverá que se prosseguir o caminho aberto pela ação inibitória para o controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, eis que a sentença que declara nula determinada cláusula funciona na prática como decisão normativa, atingindo o predisponente em contratações futuras, proibindo-o de concluir contratos futuros com cláusulas proibidas judicialmente. Do contrário, não teria nenhum sentido a tutela coletiva e difusa do aderente, *especialmente dos consumidores*. 